

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO\***

*Juiz do TRF — 5.º Região e*

*Professor da UFRN*

### **SUMÁRIO**

1. Introdução — 2. Oportunidade de instauração do procedimento — 3. A parte passiva no procedimento — 4. Condições objetivas para a propositura da medida cautelar fiscal: 4.1. A concessão da medida cautelar — 5. Efeitos da decretação da medida cautelar — 6. Competência do juízo e requisitos para o pedido — 7. Da concessão da medida — 8. Do recurso que conceder a medida — 9. Da defesa do devedor — 10. Substituição da medida cautelar fiscal por garantia do contribuinte — 11. Da duração da medida cautelar fiscal — 12. Cessação da eficácia da medida cautelar — 13. Disposições gerais — 14. Visão constitucional da medida cautelar fiscal.

### **1. INTRODUÇÃO**

A medida cautelar fiscal, introduzida em nosso sistema jurídico pela Lei 8.397, de 6.1.92, necessita, como todo diploma legal novo, ser examinada em todos os ângulos de sua repercussão, a fim de que não se deixe de se apreciar, discutindo-se, com profundidade, todas as d vidas e



certezas decorrentes dos efeitos de sua existência, validade, eficácia e efetividade.

De início, uma visão estrutural na Lei mencionada facilita, penso eu, o trabalho de melhor compreendê-la. Para tanto, será feita a tentativa de demarcar as várias fases que a compõem.

## **2. OPORTUNIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO**

O momento da Fazenda Pública instaurar o procedimento cautelar fiscal está disposto no art. 1º de modo opcional, pelo que a atuação judicial pode se manifestar antes ou no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias e da referida execução será sempre dependente.

## **3. A PARTE PASSIVA NO PROCEDIMENTO**

O art. 2º dispõe que a medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, regularmente constituído em procedimento administrativo.

O legislador, no artigo que se examina, adotou a mesma fórmula facultativa contida no art. 1º, pelo que a Fazenda Pública não está obrigada a requerer a medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não. Foi-lhe concedido o juízo da conveniência ou da oportunidade, no instante em que se registrou no art. 2º que "a medida cautelar fiscal poderá ser requerida...." não torna vinculada a atuação judicial fiscal, mesmo que estejam presentes as condições enumeradas nos itens I a V do mesmo artigo e que serão a seguir examinados.

## **4. CONDIÇÕES OBJETIVAS PARA A PROPOSITURA DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL**

Os incisos I a V, do art. 2º, da lei examinada, estabelecem pressupostos objetivos, para que a Fazenda Pública ingresse em juízo pleiteando a medida cautelar fiscal.

O primeiro pressuposto é o da existência de crédito tributário ou não tributário que se encontre constituído de modo regular em procedimento administrativo, isto é, de crédito tributário ou não tributário que se tenha tornado definitivo pela não mais existência de qualquer litígio administrativo ou judicial a respeito da sua existência.

O referido pressuposto, por si só, não autoriza o ingresso da medida cautelar fiscal. Ele há de existir ao lado de outras condições objetivas e que devem ser apuradas e comprovadas pelo fisco, a fim de que possa a medida receber deferimento de procedibilidade. Em primeiro lugar, a medida só cabe se o devedor não possuir domicílio certo, intenta ausentar-se ou aliena os bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado. Este último requisito é de fácil comprovação. Os demais que o antecedem devem ficar demonstrado à sociedade, através de prova que conduza o juízo a uma certeza sobre a existência de um deles ou de todos eles, sob pena de se cometer abuso processual e com repercussão danosa para o contribuinte.

Uma segunda condição, ao lado da existência de crédito tributário ou não tributário definitivo, que poderá ensejar a medida cautelar fiscal é a de que, mesmo o devedor não possuindo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação. A Fazenda Pública, especialmente, se a medida for antes do curso da execução fiscal, há de demonstrar, por via judicial, que o devedor assim está se comportando.

A terceira condição que deve se juntar à existência de crédito tributário ou não tributário é a de que o devedor, por ter caído em insolvência, alienou ou está tentando alienar bens que possui, ou, se assim não está agindo, está assumindo ou tentando assumir dívidas extraordinárias, ou, está pondo ou tentando pôr seus bens em nome de terceiro, ou, por último, está praticando qualquer outro ato tendente a frustrar a execução judicial da Dívida Ativa. Mais uma vez se torna

presente o esforço consistente da Fazenda Pública em demonstrar satisfatoriamente a existência de tais fatos, sob pena de não existirem condições de procedibilidade da medida cautelar fiscal.

Uma quarta condição está disposta no inciso IV, do art. 2º. Consiste no fato de, não obstante o devedor ter sido notificado pela Fazenda Pública para proceder ao recolhimento do crédito fiscal vencido, deixar de pagá-lo no prazo legal, nem oferecer garantia na via administrativa ou judicial. Inexiste, na condição agora assinalada, maiores dificuldades para que a Fazenda Pública comprove essa condição exigida pela norma legal.

Por fim, a medida cautelar fiscal só poderá ser requerida contra o contribuinte em débito definitivo se, possuindo bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem que fique com alguns, livres e desembaraçados, de valor igual ou superior à pretensão da Fazenda Pública.

#### **4.1 A concessão da medida cautelar**

A medida cautelar fiscal exige, em caráter essencial para ser concedida, duas condições: a) que o crédito fiscal devidamente constituído seja provado literalmente; b) que qualquer das condições descritas nos ns. I a V, do art. 2º, se apresente provada com documentos hábeis, cujos registros não ponham dúvidas a respeito dos fatos afirmados.

### **5. EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR**

Segundo regramento do art. 4º, o simples despacho interlocutório proferido inicialmente por juiz competente, decretando a medida, produzirá de imediato a indisponibilidade dos bens do devedor, até o limite da satisfação do crédito tributário. Certo é que há de se pôr em faixa de investigação a juridicidade dessa indisponibilidade e o alcance de suas conseqüências, em face da ordem constitucional atualmente

vigente e dos princípios regedores das relações jurídicas entre Fisco e contribuinte.

De qualquer sorte, o § 1º, do referido art. 4º, amplia a mencionada indisponibilidade, ao determinar que, em se tratando de pessoa jurídica, a proibição de dispor dos bens recairá sobre os bens do ativo permanente, com possibilidade, contudo, de ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que, em razão do contrato social ou estatuto, tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais ao tempo do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício ou do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

O tratamento rigoroso dado pela lei, a respeito da indisponibilidade patrimonial, se revela consagrado no § 2º do art. 4º, ao admitir a possibilidade dela ser estendida aos bens adquiridos a qualquer título pelo requerido ou por aqueles que estejam ou tenham estado em função de administrador, desde que haja demonstração da possibilidade de ser frustrada a pretensão executória da Fazenda Pública.

A indisponibilidade de bens, sendo decretada, o juiz tem a obrigação de fazer comunicá-la, imediatamente, ao registro público de imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a constrição judicial.

## **6. COMPETÊNCIA DO JUÍZO E REQUISITOS PARA O PEDIDO**

Os artigos 5º e 6º, da Lei 8.397/192, cuidam de definir o Juiz competente para conhecer da medida cautelar fiscal e dos requisitos que deverão conter a petição inicial.

Há, inicialmente, uma vinculação a ser obedecida. A medida cautelar fiscal só pode ser requerida ao Juiz competente para a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Em caso da existência de mais

de um Juiz competente, em decorrência de determinação contida em organização judiciária, resolve-se o problema pela distribuição.

Dispõe, também, a lei que, se a execução judicial se encontrar tramitando em Tribunal, a competência para conhecer da medida será do relator do recurso. É evidente que, em se tratando dessa situação, o julgamento será pelo juízo coletivo.

A petição inicial que pretenda medida cautelar fiscal deverá se apresentar devidamente fundamentada. Interessante destacar essa exigência legal, por representar uma garantia para as partes litigantes e um atributo de grande valia para que o Juiz possa decidir com segurança o pleito que lhe é apresentado. Além da sólida fundamentação, o pedido deve mencionar o Juiz a quem se dirige; a qualificação e o endereço, se conhecido, do devedor; as provas que serão produzidas e as que já estão sendo apresentadas; e o requerimento para a citação.

## **7. DA CONCESSÃO DA MEDIDA**

O art. 7º, da Lei em exame, necessita ser visto com o sentido teleológico que ele expressa. Da leitura simples, extrai-se, imediatamente, que há uma determinação ao Juiz para que, desde que haja o pedido, seja concedida liminarmente a medida cautelar fiscal, dispensando-se a Fazenda Pública de justificação prévia e de prestação de caução.

Penso, contudo, que toda a estrutura do art. 7º acima referido há de ser compreendida com a obrigatoriedade imposta à Fazenda Pública de demonstrar, o quanto for suficiente para convencer o juiz, que a medida requerida se faz necessária. No instante em que o art. 6º exige que a petição inicial se apresente devidamente fundamentada, está, também, expressamente, obrigando que se provem as condições necessárias para o cabimento da medida e que estão enumeradas nos arts. 2º e 3º da mesma lei. Em consequência, o deferimento liminar da medida só será obtido se não restar qualquer dúvida no convencimento do

julgador a respeito dos fatos apontados pela Fazenda Pública. Do contrário, haverá que se estabelecer a justificação prévia com obediência ao princípio do contraditório.

## **8. DO RECURSO QUE CONCEDER A MEDIDA**

Cabe agravo de instrumento contra a decisão que conceder liminarmente a medida cautelar fiscal. O prazo para a sua interposição é o comum e obedecerá ao rito estabelecido pelo Código de Processo Civil. Não tem efeito suspensivo, salvo se, através de mandado de segurança, em decorrência de ilegalidade identificada no despacho do juiz, se conseguir o efeito suspensivo em segundo grau. Necessário, contudo, para tanto se alcançar que se demonstre, de modo indubitado, a ameaça ou a lesão de direito líquido e certo que o despacho judicial tenha cometido.

## **9. DA DEFESA DO DEVEDOR**

A parte passiva, na medida cautelar fiscal, tem o prazo de quinze dias, após ser citado, para contestar o pedido, oportunidade em que indicará as provas que pretenda produzir. A citação será feita pelos meios previstos no Código de Processo Civil. Não se admite a citação excepcional da Lei 6.830/80, quando, de modo regular, o correio pode ser usado para fazê-la. Essa interpretação extrai-se do parágrafo único do art. 8º, ao determinar que o prazo para a apresentação da defesa do requerido só começará a ser contado após a juntada aos autos do mandado de citação, se devidamente cumprido, ou da execução da medida cautelar fiscal, quando concedida liminarmente. Na última hipótese, há de se entender que, além do cumprimento da medida liminar, houve a citação do requerido, a fim de que fique demonstrado que tomou inteiro conhecimento da restrição imposta aos seus bens. Em caso contrário, se a medida liminar foi cumprida e o devedor não tomou conhecimento, há necessidade, em homenagem ao devido processo legal,



que se proceda a citação do promovido pelos meios previstos na legislação processual.

A ausência de contestação do promovido resulta em se presumir que são verdadeiros os fatos alegados pela Fazenda Pública, diz o art. 9º, da Lei 8.397/92. Ocorre que a presunção de veracidade há de ser acolhida se os fatos tiverem sido apontados com base em prova documental, segundo se depreende do querer dos arts. 2º e 3º da mesma lei. No art. 2º, estão registradas condições necessárias para que a medida cautelar seja requerida. Fora dos limites ali estabelecidos, não há pressupostos de admissibilidade da medida. O art. 3º, de modo expresso, no inciso II, determina que se faça prova documental de algum dos casos mencionados no art. 2º, além de exigir a prova literal da constituição do débito fiscal. Logo, não são os fatos alegados pela Fazenda Pública que devem ser considerados como verdadeiros, em face da contestação do devedor. São os fatos apontados e provados através de documentação idônea. Ocorrendo essa hipótese, o Juiz decidirá em 10 dias. Caso contrário, mesmo sem contestação do requerido, abrirá a fase de instrução probatória, oportunidade em que realizará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida.

Havendo contestação do devedor, o procedimento deverá obedecer o princípio do contraditório, com obediência ao rito ordinário, respeitando-se o princípio da ampla defesa e da livre investigação das provas.

## **10. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL POR GARANTIA DO CONTRIBUINTE**

Se, no curso de medida cautelar fiscal decretada, o contribuinte prestar garantia correspondente ao valor da pretensão da Fazenda Pública, na forma do art. 9º, da Lei 6.830, de 22.9.80, ficam extintos os seus efeitos. Para tanto, basta o Juiz, após ouvir a Fazenda Pública, no prazo de cinco dias, presumindo-se sua omissão aquiescência



ao solicitado, declarar expressamente nos autos. Essa garantia, que tem a força de fazer extinguir os efeitos sentenciais da medida cautelar fiscal, obedece ao ritual previsto no art. 9º da Lei 6.830/80, cujos termos são os seguintes:

"Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão da Dívida Ativa, o executado poderá:

I — efetuar depósito em dinheiro, a ordem do juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II — oferecer fiança bancária;

III — nomear bens à penhora, observada a ordem do art. 11;  
ou

IV — indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

§ 1º O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

§ 2º Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros.

§ 3º A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora.

§ 4º Somente o depósito em dinheiro, na forma do art. 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

§ 5º A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições preestabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 6º O executado poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor."

## **11. DA DURAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL**

Se a medida cautelar fiscal for concedida em procedimento preparatório, a Fazenda Pública deverá propor a execução judicial da Dívida Ativa, no prazo de 60 dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecurável na esfera administrativa. A imposição da produção dos efeitos da medida cautelar fiscal durante o prazo e condições aqui postos é uma consequência do art. 11, da Lei que se examina. Tenho que há de se construir interpretação razoável para o referido dispositivo, sob pena de se transformar, em inúmeras situações, uma medida cautelar, que tem sentido provisório, em provocadora de danos como se fosse definitiva, haja vista a demora com que costumeiramente terminam os procedimentos administrativos fiscais. Na espécie, se a Fazenda Pública não conseguir ultimar o procedimento administrativo no prazo regulamentar, não vejo como se sustentar a eficácia da medida cautelar, especialmente se o contribuinte demonstrar o prejuízo que a indisponibilidade dos seus bens está provocando.

Prevendo a situação que se acaba de assinalar, dispõe o art. 12 que "a medida cautelar fiscal conserva a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo de execução judicial da Dívida Ativa, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada." Caberá ao Juiz examinar cada situação e aplicar, de modo lógico e razoável, os dispositivos acima referidos, de modo que o primado do direito prevaleça.

## **12. CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR**

Cessa, de imediato, a eficácia da medida cautelar fiscal se a Fazenda Pública não propuser a execução judicial da Dívida Ativa no prazo determinado pela lei. Não terá, também, mais eficácia, se após ser concedida, não houver meios de executá-la dentro de trinta dias. Logicamente, se for julgada extinta a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, por qualquer motivo, nenhum efeito continuará a

produzir a medida cautelar fiscal. Por fim, deixa ela de produzir a sua efetividade se o requerido promover a quitação do débito.

### **13. DISPOSIÇÕES GERAIS**

A Fazenda Pública não pode renovar a medida cautelar fiscal pelo mesmo fundamento, se, por qualquer motivo, tiver cessado a eficácia de medida anterior promovida.

Os autos do procedimento cautelar fiscal devem sempre permanecer apensados aos do processo de execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Não é permitido ao juiz mandar desapensá-los e colocar em arquivo separado. Eles integram, mesmo que a medida tenha perdido a eficácia, os atos processuais que foram examinados e que resultaram na solução ditada pela sentença final.

O art. 15 da Lei examinada contém dispositivo de largo alcance e que merece citação destacada:

O indeferimento da medida cautelar fiscal não obsta a que a Fazenda Pública intente a execução judicial da Dívida Ativa, nem influi no julgamento desta, salvo se o Juiz, no procedimento cautelar fiscal, acolher alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida.

A lei está permitindo que, no curso da medida cautelar fiscal, se apreciem as causas determinantes da extinção do crédito tributário. Não há, para tanto, exigência de que a medida cautelar tenha sido deferida liminarmente ou em sentença definitiva. Nos termos em que o legislador pôs a matéria, entendo que, em qualquer oportunidade, o devedor pode opor as causas acima enumeradas de extinção do crédito tributário e, de modo bem simplificado, conseguir pôr fim à demanda. É evidente que o Juiz deverá ouvir a Fazenda Pública, em prazo regular, sobre a alegação da parte.

Em consequência do que se acaba de afirmar, com exceção das situações acima referidas, a sentença proferida na medida cautelar fiscal não faz coisa julgada em relação à execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

O recurso a ser interposto contra a sentença que decretar a medida cautelar fiscal é o de apelação, sem efeito suspensivo. Não confundir com o agravo de instrumento que só poderá ser interposto contra a medida liminar. O devedor poderá, contudo, obter efeito suspensivo para o recurso de apelação, se oferecer garantia na forma do art. 10, conforme já se examinou.

O art. 18 dispõe, de modo expresso, que as Disposições da Lei Cautelar Fiscal se aplicam ao crédito proveniente das contribuições previstas no art. 195, da CF.

#### **14. VISÃO CONSTITUCIONAL DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL**

O estudo da estrutura da Lei 8.397/92, tem a finalidade de visualizá-la de modo integral, a fim de se verificar se ela se apresenta compatível ou não, em toda a sua extensão ou de modo parcial, com o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição Federal.